

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学号：200215001

UDC _____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

非犯罪化视角下的聚众淫乱罪

The Crime of Group Licentiousness from the Perspective of
the Decriminalization

薛晓艳

指导教师姓名：周东平 教授

专 业 名 称：刑 法 学

论文提交日期：2011 年 4 月

论文答辩时间：2011 年 6 月

学位授予日期：2011 年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2011 年 4 月

厦门大学博硕士论文摘要库

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

聚众淫乱罪是 1997 年刑法取消了流氓罪这一口袋罪，从原流氓罪中划分出来的罪名。其特点是首要分子纠集男女多人，不以营利为目的，纯粹为了追求性刺激而在一起进行的性行为。去年两会期间，有学者认为聚众淫乱罪近 20 年来很少被司法机关适用，已严重过时，建议取消，这一提议引起了社会各界的广泛关注。轰动全国的南京副教授换妻案再次把是否废除该罪名的争议推向高潮，并向立法和司法机关提出新的挑战。然而，与现实情形相对比的是我国刑法对于聚众淫乱罪的规定有众多不合理之处，造成了司法实践的混乱。与此同时，受到当今世界风起云涌的非犯罪化思潮的影响，聚众淫乱罪在我国究竟何去何从成为一个重要问题。

基于这样的背景，本文在比较部分国内外和相关地区对于此类犯罪的立法规定的基础上，探究我国现行立法的不足，并结合相关的争议问题，立足我国现实国情，论述聚众淫乱罪在我国应部分非犯罪化以及罪名和刑罚的重构，提出完善立法的建议。

全文除了引言和结语外，共分五章。第一章通过南京副教授换妻案的引入，提出聚众淫乱罪是否应该废除的问题。第二章是聚众淫乱罪的立法背景、含义、分类、特征、立法现状及缺陷。第三章从“无被害人犯罪”的角度分析非犯罪化。第四章从理论层面和立法实践两方面探讨聚众淫乱罪部分非犯罪化的相关问题。第五章则分析借鉴部分国内外和相关地区的有关立法，提出完善立法的建议。

关键词：聚众淫乱；公然猥亵；非犯罪化

ABSTRACT

The crime of group licentiousness is a sin from the crime of hooliganism, which has been cancelled in the 1997's penal code. It is characterized by the ringleader gets together many people to carry on sexual act in pursuit of sexual stimulation instead of profits. Over the past twenty years, the crime of group licentiousness was so rarely applicable that some scholars have proposed to the National People's Congress the charge should be abolished. The wife swapping case about an associate professor in Nanjing was quite a hit, which has become a focus that whether to reserve the crime of group licentiousness in our country, and also brought a big challenge to the legislative and justice agencies. However, the legislative defects also cause a lot of controversies and confusions in the practice of justice. Meanwhile, the future of the crime of group licentiousness has become an important problem according to the decriminalization thoughts abroad. Just for the consideration of the background situation mentioned above, this dissertation will provide the suggestions of improving the legislation against the crime of group licentiousness based on both in the domestic justice and abroad, the reality of our county, and some controversial issues.

This paper is divided into the following five chapters: Chapter one: Putting forward the issue that whether to reserve the crime of group licentiousness in our country through the introduction of the wife swapping about an associate professor in Nanjing. Chapter two: The definition of background, meaning, classification, characteristics, legislation and defects of the crime of group licentiousness. Chapter three: The analysis of victimless crime from the perspective of decriminalization Chapter four: The decriminalization problems about the crime of group licentiousness in theoretical field and the legislative practice. Chapter five: The suggestion on the supplementary of present

legislation relating with the legislation overseas.

Key words: Group licentiousness; Public indecency; Decriminalization

厦门大学博士论文摘要库

目 录

引 言.....	1
第一章 由一则换妻案引发的问题	2
第一节 换妻案例的引入	2
第二节 争议双方的主要观点	3
第三节 案例的分析与问题的提出	3
第二章 聚众淫乱罪概述	5
第一节 聚众淫乱行为的类型与特征	5
一、聚众淫乱行为的类型	5
二、聚众淫乱行为的特征	6
第二节 聚众淫乱罪的构成要件	7
一、聚众淫乱罪的客体	7
二、聚众淫乱罪客观方面	8
三、聚众淫乱罪的主体	8
四、聚众淫乱罪的主观方面	9
第三节 聚众淫乱罪的立法现状及存在的问题	9
一、构成犯罪的聚众性要求	10
二、无犯罪场合的限制	10
三、刑罚设置较重,苛责过严	10
第三章 “无被害人犯罪”的非犯罪化思考	12
第一节 “无被害人犯罪”的概念及非犯罪化的理论依据	12
一、“无被害人犯罪”的概念	12
二、“无被害人犯罪”非犯罪化的理论依据	14
第二节 国内外“无被害人犯罪”非犯罪化的立法沿革	17

第三节 非犯罪化的标准及方式	18
一、非犯罪化的标准——犯罪化标准的反向思考	18
二、非犯罪化的方式	20
第四章 围绕聚众淫乱罪非犯罪化的相关问题	22
第一节 部分国家和地区性犯罪立法体例的比较——性道德不应成为法益	22
一、部分国家和地区性犯罪立法体例的比较	22
二、德国性道德犯罪的非犯罪化改革	24
三、日本性道德犯罪的非犯罪化争议	25
四、限定的保护法益——未成年人的健康以及个人不想看的自由	26
第二节 聚众淫乱行为与其他行为的比较	27
一、与卖淫行为的比较	27
二、与通奸行为和乱伦行为的比较	28
三、与同性恋的比较	28
第三节 国内外相关立法例的比较	30
第四节 性权利的国际条约保护	32
第五章 聚众淫乱罪应然的制度设计	34
第一节 私密性淫乱行为的非犯罪化	34
第二节 关于聚众淫乱罪的立法完善	35
一、公然猥亵罪在中国的渊源——流氓罪	35
二、聚众淫乱罪罪名之重构	37
三、聚众淫乱罪刑罚之完善	38
结 语	40
参 考 文 献	41

CONTENTS

PREFACE.....	1
Chapter 1 The Problems from the Wife Swapping Case.....	2
Subchapter 1 The Introduction of the Wife Swapping Case	2
Subchapter 2 The central Point of View Contending Parties	3
Subchapter 3 The Analysis of the Case and the Problem Proposed	3
Chapter 2 A General Overview of the Crime of Group.	
Licentiousness.....	5
Subchapter 1 The Classification and Characteristic of the Crime of the Group Licentiousness.....	5
Section 1 The Classification of the Crime of the Group Licentiousness	5
Section 2 The Characteristic of the Crime of the Group Licentiousness.....	6
Subchapter 2 The Constitutive Requirements of the Crime of the Group Licentiousness.....	7
Section 1 The Object.....	7
Section 2 The Objective Respect	8
Section 3 The Subject	8
Section 4 The Subjective Respect.....	9
Subchapter 3 The Current Legislation and Defects of the Crime of the Group Licentiousness.....	9
Section 1 The Group Requirement in the Constitutive Elements	10
Section 2 Without Restriction in the Place of Crime	10
Section 3 The Severe Punishment.....	10
Chapter 3 The thinking of the decriminalization of the “victimless	

crime”	12
Subchapter 1 The Concept and Theory of the Decriminalization of the “Victimless Crime”	12
Section 1 The Concept of the “Victimless Crime”	12
Section 2 The Theory of the Decriminalization of the “Victimless Crime”	14
Subchapter 2 The Legislative History of the “Victimless Crime” in the Domestic and Abroad	17
Subchapter 3 The Standard and Mode of Decriminalization	18
Section 1 The Standard of Decriminalization—the Retrose Thinking of Criminalization	18
Section 2 The Mode of the Decriminalization	20
Chapter 4 The Problems of Decriminalization about the Crime of Group Licentiousness	22
Subchapter 1 Making Comparison in the Some of the Domestic and Abroad Sexual Crime Legislation—Sexual Morality Shoud not be the Legal Interest	22
Section 1 Making Comparison in the some of the Domestic and Abroad Sexual Crime Legislation	22
Section 2 The Reform of Decriminalization about the Sexual Morality Crime in the Germany	24
Section 3 The Controversy of Decriminalization about the Sexual Morality Crime in the Japan	25
Section 4 The Restricted Legal Interest—Minors' Health and the Freedom of the Will	26
Subchapter 2 Making Comparison between Group Licentiousness and Other Behaviors	27
Section 1 Making Comparison between Group Licentiousness and Harlotry	27
Section 2 Making Comparison in Group Licentiousness Adultery and Incest...	28

Section 3	Making Comparison Between Group Licentiousness and Gaydar	28
Subchapter 3	Making Comparison in the Some of the Domestic and Abroad	
	Relevant Legislation.....	30
Subchapter 4	The Protecting International Treaty in the Right of Sex.....	32
Chapter 5	The Expected System of the Crime of Group	
	Licentiousness.....	34
Subchapter 1	The Decriminalization of Secret Licentiousness.....	34
Subchapter 2	The Perfection of the Crime of Group Licentiousness	35
Section 1	The Archetype of Public Indecency—— the Crime of Hooliganism.	35
Section 2	Reforms of Accusation	37
Section 3	The Perfection of the Penalty.....	38
Conclution.....		40
Bbibliography.....		41

引 言

2010年3月2日，著名社会学家李银河提交了建议取消聚众淫乱罪的提案。她认为，我国现行刑法第六章（妨害社会管理秩序罪）第301条（聚众进行淫乱活动的，对首要分子或者多次参加的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制）的“聚众淫乱罪”近20年来很少被司法机关适用，已严重过时，建议取消。2010年3月10日，轰动全国的换妻案的被告人马尧海收到了南京秦淮区检察院的起诉书，引起了全社会的关注。从世界范围来看，无被害人犯罪的非犯罪化已成为不可逆转的大趋势。就国外的立法而言，几乎没有与我国刑法规定的聚众淫乱罪相同的立法例。大多数国家规定的公然猥亵罪涉及我国聚众淫乱罪中的公然性淫乱行为，而对于私密性淫乱行为，各国基于成年当事人之间的自愿性和私密性，都采取法律不加干预的态度。与之不同的是，我国现行立法对聚众淫乱罪的规定过于笼统简单。在定罪上，该罪在聚众性的要求上将两人公然淫乱破坏公共秩序的行为排除在犯罪之外，在无犯罪场合的要求上将当事人自愿的私密性淫乱行为入罪化；在量刑上，该罪的刑种设置只规定了有期徒刑、拘役或管制，在法定刑的设置上只有主刑，没有附加刑运用的空间，不利于罪犯的改造。在非犯罪化和轻刑化已成为无被害人犯罪发展的两大趋势的今天，这些问题的存在促使笔者将研究视角聚焦于聚众淫乱罪，对聚众淫乱罪部分非犯罪化的根据加以充分论证和分析，并对如何从立法上完善聚众淫乱罪提出一己之得。

第一章 由一则换妻案引发的问题

第一节 换妻案例的引入

2009年8月17日下午一点多,南京秦淮公安分局白鹭洲派出所一家连锁酒店120房间抓获5名网民。这5名网民被抓获时,正在从事一些不足为外人道的活动——现在被司法机关定义为“聚众淫乱”,他们自己则称之为“夫妻旅游交友”。随后,通过对这5名网民的分头审讯,秦淮警方又掌握了一长串名单,并惊讶于参加这一活动的人数之多。随着一个个涉案人员被警方抓获,证词的碰撞交织,焦点都指向同一个人——南京某大学副教授马尧海。三天后的深夜,马尧海被警察从家中带走。马承认,2007年,他建了一个QQ群,名为“夫妻旅游交友”。这个QQ群的群友,平时聚在一起时从事的主要活动,就是相互间自愿进行的性行为,成员相对固定,人数或多或少。在马尧海被警方带走之前的两三个月,他已经公告解散了QQ群,马尧海组织了数次所谓的“换妻”,地点或者在他自己的家中,或者在外面的酒店,而组织的时间也并不固定,通常都会在QQ群里通知时间地点。据秦淮区检察院指控,从2007年到2009年将近两年的时间里,马尧海组织、参与的聚众淫乱活动达18次,而这22名被告一共组织参与达35次。由于这起案件牵涉到人员众多,从2009年11月23日起,南京警方分4次移送至秦淮区检察院审查起诉。秦淮检方对这起案件非常重视,检察官们也经过了多次讨论。最后,检方认定马尧海等22人的行为已经触犯了我国刑法的相关规定,犯聚众淫乱罪。3月5日,秦淮区检察院将此案移交秦淮区法院。^①至此,这场关于是否废除聚众淫乱罪的争议被推向了高潮。

^① 本案例转引自“搜狐网”、“新浪网”、“凤凰网”等媒体报道,笔者本着客观真实的原则,经过整理而得到该案例。

第二节 争议双方的主要观点

围绕聚众淫乱罪是否应该废除，主要有以下两种不同的意见。以李银河教授为代表的一方认为，在该类活动的参与者全部是自愿的前提下，法律不应当认定为有罪。这主要基于以下理由：（1）公民对自己的身体享有所有权，他可以按自己的意愿使用、处置自己的身体；（2）公民对自己的生活方式具有自由决定权，国家不能通过法律强制推行某一种生活方式；

（3）《刑法》第 301 条关于“聚众淫乱”罪的规定已经过时，属于侵犯了公民的私权，应予取消。以南京检方为代表的一方则认为，聚众淫乱罪侵犯的客体是社会公共秩序和良好的社会风尚；客观方面主要表现为纠集多人自愿发生性交等满足性欲的行为，并无性别限制；犯罪主体限于聚众淫乱的首要分子和多次参加者；主观方面是直接故意，表现为通过刺激或满足性欲来达到破坏社会公共秩序和良好社会风尚的目的。

第三节 案例的分析与问题的提出

从以上案例中可以发现，该案中被指控为所谓的“聚众淫乱行为”是在被告家中或宾馆这种相对隐蔽的空间进行的。行为人之所以选择相对私密的场合，就是为了尽量避免为外人所知。而从结果来看，该种行为并未妨害到他人的正常生活，更谈不上对公共秩序造成侵害，很难说是对某种具体的法益造成侵害。另外，从事实上来看，众多行为人包括身为副教授的马尧海都未认识到自己的行为会触犯刑法。站在行为人的角度，他们充其量也只是意识到自己的行为有违社会道德，为社会道德所谴责。虽然我国刑法并未要求行为人具有违法意识，但是上述行为人的主观恶性相对于其他犯罪行为人来说大大降低，而且通过道德教育等方式完全可以起到应有的效果，直接动用作为最后保障法的刑法有违刑法谦抑性原则。

此外，该种私密性性行为从个人角度来看，是个人选择自己生活方式的权利，属于隐私权的一部分。从价值角度来看，对英国乃至世界立法思想产生了深远影响的沃尔芬登报告提出了一个重要的立法原则：道德问题不应属于法律制裁的范畴。他的一个基本思想是：成年人有选择和规范自

己道德的能力。^①伴随着这场关于法律和道德的争论而来的是非犯罪化运动的大力提倡，那么，这种私密性的聚众淫乱行为是否应该非犯罪化呢？

^① 杜波, 陈伟强. 公然猥亵行为的刑事问题研究—兼议聚众淫乱罪[J]. 广西警官高等专科学校学报, 2007,(1):44.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库